



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. De generelle prinsippene i § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for anskaffelse av taktisk elementbro til bruk i militær sammenheng. Klager anførte at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen som følge av manglende prekvalifisering. Klagenemnda fant at klagers anførsel ikke førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. oktober 2021 i sak 2021/997

Klager: Janson Bridging Norway AS

Innklaget: Forsvarsdepartementet

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsdepartementet v/Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. desember 2019 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av taktisk elementbro. Anskaffelsens verdi ble estimert til 70 millioner kroner ekskl. mva. Frist for å søke om prekvalifisering var 30. januar 2020.
- (2) Konkurransen gjaldt bro-elementer og tilhørende inter-locking mekanisme for kobling til uniflote pontonger, samt tilhørende opplæring. Anskaffelsen var en del av et større prosjekt hvor det også skulle gjennomføres ytterligere anskaffelser i den hensikt å sikre mobilitet for Forsvarets og alliertes kjøretøy når infrastrukturen i operasjonsområdet ikke kan benyttes.
- (3) Det fremgikk av kunngjøringen at innklagede planla å invitere minimum tre og maksimalt fem leverandører til å inngi tilbud. Utvelgelsen skulle ifølge kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 12.2 («*Candidate selection criteria*») skje på følgende måte:

«The selection will be made from among the best-qualified candidates according to the pre-qualification requirements according to the following criteria:

- *Response to the requirements set in section 1.4 in this document.*
- *A comparable evaluation between the candidates will be based upon past performance information – see Annex D, section 15 with special attention to “Describe how your experience on this program applies to the Scope of delivery».*

- (4) Fem leverandører søkte om å bli prekvalifisert, herunder Zremb Group Consortium, Janson Bridging Norway AS, General Dynamics European Land Systems – Bridge Systems GmbH, CHSnor AS og Leirvik AS.
- (5) Innklagede meddelte resultatet av prekvalifiseringsrunden ved brev av 10. juni 2020. Med unntak av Leirvik AS, ble samtlige leverandører prekvalifisert.
- (6) På kvalifiseringstidspunktet bestod Zremb Group Consortium av følgende leverandører:
- Zakład Budowy Maszyn Zremb-Chojnice S.A (leder og signaturrett for konsortiet)
 - ViaCon Sp. z.o.o.
 - Stal Complex Sp. z.o.o.
 - Auto Podlasie Sp. z.o.o.
- (7) Konsortiet støttet seg i tillegg på kvalifikasjonene til underleverandøren Acrow Group, bestående av Acrow Corporation of America og Acrow Global Ltd. for å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (8) Den 28. august 2020 mottok de kvalifiserte leverandørene invitasjon til å inngi tilbud. Invitasjonen inneholdt blant annet konkurransegrunnlag, utkast til kontrakt og kravspesifikasjon. Tilbudsfrist var 25. mars 2021.
- (9) Etter mottak av tilbudsinvitasjonen sendte Zremb Group Consortium 13. september 2020 innklagede et spørsmål om adgangen til å gjøre endringer i konsortiet:
- «Etter å ha fått tilgang til dokumentasjon har vi et teoretisk spørsmål om det finnes muligheter å endre sammensetningen av konsortiet? Det dreier seg ikke om å få ny medlem, men å minske antallet, eventuell om å endre leder».*
- (10) Innklagede svarte bekreftende på henvendelsen, og ba konsortiet om å informere om endringer ved innlevering av tilbud.
- (11) Den 25. september 2020 varslet konsortiet om endringer i konsortiet:
- «Vi trenger en slik endring: Våres tidligere underleverandør (som allerede har tilsendt dere alt av dokumentasjon påkrevd i prekvalifikasjons fase) skal nå bli leder av konsortiet. Og to av tidligere medlemmer av konsortiet skal ut og to blir med ny leder og fortsetter. Dette pga. innholdet i dokumentasjon. [...]»*
- (12) Innklagede uttrykte aksept for endringen samme dag, ved å svare «ja, dette er ok».
- (13) Endringene ble dokumentert ved brev av 13. oktober 2020:

«[...] We declare that after a review of the documentation provided by the Contracting Authority, it turned out there is no scope of supply for the following companies:

Stal Complex sp. z.o.o.

ViaCon Sp. z.o.o.

Auto Podlasie Sp. z.o.o. – partner

Therefore, for the purpose of offer preparation within the scope of Tactical Elment Bridge supply, we herewith amends the composition of consortium in order to adapt it to the Contracting Party requirements and declare that the consortium takes the following shape:

Acrow Corporation of America – leader

Zakład Budowl Maszyn Zremb-Chojnice S.A. – partner

[...]»

- (14) I brevet bekreftet konsortiet at Acrow Corporation of America oppfylte kvalifikasjonskravene. Brevet var undertegnet av de opprinnelige konsortiemedlemmene, samt Acrow Corporation of America (heretter Acrow).
- (15) Den 22. oktober 2020 publiserte innklagede svar på en rekke spørsmål leverandørene hadde fremsatt, deriblant: *«Bidder notes form "Part 2 - Annex J - Subcontractors" is confirmation of nominated Subcontractors assigned to project delivery. Bidder requests clarity: form "Part 2 - Annex J - Subcontractors" should not be completed and submitted at the time of Bid or Contract? Bidder also requests clarity on Purchaser meaning of the term Subcontractor, this should not include Suppliers. Please confirm.»*
- (16) Innklagede besvarte spørsmålet på følgende måte:

«Changes in Annex J can be clarified in potential negotiations after duedate. NDMA stresses that in the prequalification of P2584 the bidders have confirmed that subcontractors are comitted to NDMA's HSE and ethical requirements. The main subsuppliers/subcontractors shall be included in the bid. NDMA consider the bidder to be the supplier».
- (17) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører, Zremb Group Consortium, General Dynamics European Land Systems – Bridge Systems GmbH og Janson Bridging Norway AS (heretter *klager*). Innklagede inviterte Zremb Group Consortium og klager til den avsluttende forhandlingsrunden.
- (18) I brev av 12. april 2021 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Acrow – den nye lederen av konsortiet Zremb Group.
- (19) I brev av 19. april 2021 ba klager innklagede besvare en rekke spørsmål for å sette klager i stand til å forstå tildelingsbeslutningen bedre.
- (20) Den 27. mai 2021 besvarte innklagede henvendelsen og sendte ut et nytt tildelingsbrev hvor det fremgikk at kontrakt var tildelt Zremb Group Consortium (heretter *valgte leverandør*). I det nye tildelingsbrevet ga innklagede følgende forklaring på feilen i det tildelingsbrevet fra 12. april 2021: *«[Acrow] has acted on behalf of Zremb Group and therefore incorrectly been considered as the tendering partner».*
- (21) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juni 2021. Klager sendte en kopi av klagen til innklagede samme dag.
- (22) Innklagede og valgte leverandør inngikk kontrakt 29. juni 2021.

- (23) Den samme dagen sendte innklagede en orientering om kontraktsignering til klager, hvor innklagede avviste klagen.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede har tildelt kontrakt til Acrow, som ikke var prekvalifisert til å delta i konkurransen verken på individuell basis eller som deltaker i valgte leverandørs konsortium.
- (26) Tilbudet fra konsortiet skulle ha vært avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 11-12 bokstav a, ettersom det er foretatt ulovlige endringer i konsortiets sammensetning. Leverandørkonstellasjonen var ikke prekvalifisert. Endringen av konsortiet er ikke bare av formell karakter. Acrow skulle stå for 90 prosent av leveransen.
- (27) Etter forskriften § 11-12 bokstav d skal oppdragsgiver avvise en leverandør som ikke har levert forespørsel om prekvalifisering innen fristen.
- (28) Den tillatte endringen strider mot kravet til likebehandling. Deltakerne i konsortiet har fått en mulighet til å tilpasse seg informasjonen i tilbudsinvitasjonen som de øvrige deltakerne ikke fikk. Dette er en forskjellsbehandling.
- (29) Det kan ikke tillates at konsortiet endrer sammensetning vesentlig etter prekvalifiseringen, når det er konsortiets medlemmer i fellesskap som er kvalifisert.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Feilen som ble gjort i forbindelse med utsending av det første tildelingsbrevet er rettet, og denne kan derfor ikke ha rettslig betydning.
- (31) Innklagede har vurdert at konsortiet, etter endringene, fortsatt oppfyller kvalifikasjonskravene. Det er derfor ikke grunnlag for å avvise etter § 11-12 bokstav a. Det faktum at Acrow trådte inn i konsortiet innebærer at selskapet fremdeles ga den nødvendige støtten for å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (32) Det påligger ingen plikt til å avvise valgte leverandør etter regelen i § 11-12 bokstav d. Konsortiet støttet seg på underleverandøren for oppfyllelse av kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Konsortiet leverte nødvendig dokumentasjon – inkludert informasjon om Acrow – innen fristen. Acrow har vært med under hele konkurransens forløp, og endringen i konsortiets sammensetning er følgelig av formell art.
- (33) Det vil heller ikke stride mot likebehandlingsprinsippet å tillate den aktuelle endringen av konsortiet. Det avgjørende må være at leverandørgruppen fremdeles oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (34) Det kan heller ikke oppstilles en ulovfestet, ubetinget avvisningsplikt for tilfeller hvor leverandørgrupper endres.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av taktiske bro-elementer som er en vareanskaffelse av forsvarsmateriell. Anskaffelsens verdi er estimert til 70 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2013 nr. 1185 del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (36) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør etter at konsortiet endret sammensetning i tiden mellom prekvalifiseringsfasen og tilbudsfristen. Endringen bestod i at tre av fire medlemmer trådte ut, og at tidligere underleverandør Acrow tiltrådte som ny leder av konsortiet.
- (37) Verken forskriften eller det bakenforliggende direktivet, 2009/81/EC, inneholder regler som spesifikt regulerer endringer i leverandørkonstellasjoner som har blitt prekvalifisert.
- (38) Hvorvidt oppdragsgiver kan tillate en slik endring gjennomført og la leverandørgruppen delta videre i konkurransen, må derfor bero på om leverandørens deltakelse er i strid med de grunnleggende prinsippene, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-396/14 *MT Højgaard*, avsnitt 36. I avsnitt 38-40 uttaler domstolen følgende om likebehandlingsprinsippet:

«Princippet om likebehandling af de bydende, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (jf. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P [...])

En streng anvendelse af princippet om likebehandling af tilbudsgiverne, således som udtrykkeligt angivet i artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, leder til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud og blive tilslagsmodtagere.

Denne holdning støttes på artikel 51, stk. 3, i direktiv 2004/17, ifølge hvilken ordregiverne «kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med de regler og krav, der gælder for tilbuddene», hvilket som påpeget af generaladvokaten i punkt 63 i forslaget til afgørelse forudsætter en juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene».

- (39) I *MT Højgaard* kom EU-domstolen til at kravet til materiell og juridisk identifikasjon kunne senkes der formålet er å sikre en tilstrekkelig konkurranse (avsnitt 41). På grunn av insolvens hos det ene selskapet kunne ikke leverandørgruppen delta i konkurransen videre. En endring av leverandørkonstellasjonen – i dette tilfellet en endring fra leverandørgruppe til en enkeltstående leverandør – var tillatt dersom gjenværende leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, og leverandørens deltakelse ikke førte til at de øvrige leverandørenes konkurransemessige stilling forringes, jf. avsnitt 44.
- (40) Forut for endringen av leverandørkonstellasjonen i vår sak var konsortiet allerede prekvalifisert, og det var ikke forhold ved deltakerne i konsortiet som tvang fram en

endring. Bakgrunnen for ønsket om å endre sammensetningen hang sammen med at konsortiet etter å ha mottatt konkurransedokumentene, ble oppmerksom på at flere av de deltakende leverandørene ikke ville ha noe leveranseelement, og dermed ikke var av betydning for en eventuell kontraktsgjennomføring. Klagenemnda forstår det videre slik at konsortiet med sin opprinnelige sammensetning likevel ville deltatt i konkurransen og inngitt tilbud dersom den foreslåtte endringen i sammensetningen ikke ble godkjent av innklagede.

- (41) I motsetning til situasjonen i *MT Højgaard*, gjør dermed ikke hensynet til konkurranse seg gjeldene på samme måte i denne saken. Det avgjørende blir dermed om valgte leverandørs konsortium, ledet av Acrow, hadde den nødvendige juridiske og materielle identifikasjonen med konsortiet slik det var sammensatt på kvalifikasjonstidspunktet, under henvisning til en streng fortolkning av likebehandlingsprinsippet.
- (42) Klagenemnda bemerker innledningsvis at det ikke er holdepunkter for at det at tre av leverandørene trådte ut av konsortiet i seg selv er en endring som gjør at konsortiet ikke lenger kan identifiseres med leverandørgruppen som ble prekvalifisert. Dette er heller ikke påberopt av klager.
- (43) Klagers innvendig er at Acrow, som opprinnelig var en underleverandør for Zremb Group, har gått inn som leder av konsortiet. Spørsmålet for klagenemnda er om denne endringen medfører at Zremb Group ledet av Acrow ikke lenger har den nødvendige identifikasjonen med konsortiet som ble prekvalifisert.
- (44) Slik klagenemnda ser det, er det sentralt at konsortiet hele tiden – uavhengig av hvilken sammensetning som er gjenstand for vurdering – har vært avhengig av Acrow for å oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransen. Slik klagenemnda forstår det er det Acrow som leverer broelementene konkurransen gjelder, og Acrow sin leveranse utgjør omtrent 90 prosent av vareleveransen. I forbindelse med saksforberedelsen for nemnda har innklagede også forklart at de innen prekvalifiseringsfristen utløp mottok all den dokumentasjon som er benyttet for å vurdere om konsortiet – både før og etter endringen – oppfyller kvalifikasjonskravene. Endringen av leverandørkonstellasjonen har altså ikke endret det reelle innholdet av konsortiets prekvalifiseringssøknad, og tidsfristen for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene har blitt håndhevet likt overfor leverandørene som deltok i prekvalifiseringsfasen.
- (45) Som en følge av at konsortiet allerede fra starten av støttet seg på Acrow for å oppfylle kvalifikasjonskravene, og at dette var avgjørende for at konsortiet ble prekvalifisert, har innklagede forklart at det ikke var nødvendig å foreta en ny vurdering av om konsortiet også etter endringen oppfylte kvalifikasjonskravene. For innklagede var det tydelig at valgte leverandør også på dette tidspunktet oppfylte kravene, ettersom den potensielt relevante endringen for kvalifikasjonsvurderingen var reduksjonen av antall medlemmer i konsortiet. Klagenemnda har ikke grunnlag for å betvile innklagedes vurdering på dette punkt. Nemnda legger etter dette til grunn at konsortiet også i sin nåværende form oppfyller kvalifikasjonskravene. Det kan dermed heller ikke påvises en forskjellsbehandling av leverandørene når det gjelder oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (46) Klagenemnda har på denne bakgrunn ingen rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering av at Zremb Group ledet av Acrow kunne identifiseres med Zremb Group i sin opprinnelige sammensetning, og dermed skulle anses kvalifisert til å inngi tilbud.

- (47) Klager har imidlertid også anført at valgte leverandør har fått fordelen av å tilpasse konsortiet til konkurransegrunnlaget, og at dette er et brudd på likebehandlingsprinsippet. Anførselen er ikke videre underbygget, og klagenemnda kan ikke se at det er holdepunkter for at konsortiet ved dette har fått en særlig fordelaktig posisjon som skadet øvrige leverandørers muligheter for å bli tildelt kontrakt.
- (48) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagedes godkjenning av endringen og valgte leverandørs fortsatte deltakelse i konkurransen bryter med likebehandlingsprinsippet.
- (49) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, fører ikke frem.

Konklusjon:

Forsvarsdepartementet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk